



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

MARINA MORAIS ALVES

**OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA
DEFESA APLICADOS NO ARTIGO 217 DO CÓDIGO DE
PROCESSO PENAL**

Brasília

2012

MARINA MORAIS ALVES

**OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA
DEFESA APLICADOS NO ARTIGO 217 DO CÓDIGO DE
PROCESSO PENAL**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de Bacharelado
em Direito pela Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais do Centro Universitário
de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Professor Georges Seigneur

Brasília

2012

MARINA MORAIS ALVES

**OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA
DEFESA APLICADOS NO ARTIGO 217 DO CÓDIGO DE
PROCESSO PENAL**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de Bacharelado
em Direito pela Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais do Centro Universitário
de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Professor Georges Seigneur

Brasília, 10 de maio de 2012.

Banca Examinadora

Professor Orientador

Professor Examinador

Professor Examinador

**BRASÍLIA
2012**

AGRADECIMENTOS

Não é apenas de minha vontade, como necessito agradecer:

- Aos meus pais, Baelon e Zilmar, por traduzirem o conceito da palavra amor não apenas por gestos, como por palavras e sentimentos.
- Ao meu irmão e mestre, Bruno, não apenas pela amizade, carinho e atenção dedicados, como também pelo constante exemplo de superação.
- Ao meu irmão, André, pela paciência e companheirismo.
- Aos meus tios Tânia e João Carlos, bem como aos seus filhos, Pedro e Júlia, por serem não apenas pilares do meu crescimento, como também uma prolongação de meu seio familiar.
- Às amigas, que tenho em meu coração como irmãs, Talita, Marília e Bruna.
- Aos queridos Hugo Gueiros Bernardes, Cláudia Vasconcelos, Paula e Fernanda por serem, para mim, como uma segunda família e pelos constantes conselhos de amor a mim destinados.
- Às minhas queridas e eternas “flores”, Gabriella, Giovana, Júlia, Manoella, Nathalya, Paula, Priscila, Raquel e Roberta.
- Aos integrantes da banca, que não cansam em surpreender com seu imenso saber e sede de conhecimento.
- Ao Professor, Orientador e futuro colega de profissão Georges Seigneur, pela maestria com que leciona o Direito e pelo empenho em me orientar na elaboração deste trabalho.
- Aos querido e amado mestre, a quem ousou chamar de amigo, Ministro Celso Limongi, por abrilhantar nossas discussões jurídicas e auxiliar-me na eterna busca da humanização do Direito.
- Aos queridos amigos e também professores Mohamad, Monique e Vanessa por estarem sempre dispostos a me acrescentar não apenas como ser humano, mas também como profissional.
- À amiga Camilla, pelo constante auxílio ao longo da elaboração deste trabalho.

A eles, a minha mais eterna gratidão e saibam, jamais poderei recompensar-lhes por todo o carinho e amor dedicados.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo uma análise sistemática e dialética dos princípios do contraditório e da ampla defesa aplicados no artigo 217 do Código de Processo Penal. O artigo mencionado atribui ao magistrado a prerrogativa de retirar o acusado da sala de audiências quando da oitiva da vítima e das testemunhas. É claro que a vítima, por ter sido o alvo da conduta delituosa e não prestar compromisso com a verdade, não é obrigada a encarar seu ofensor. Todavia, no que tange as testemunhas, verifica-se que seu depoimento prestado na ausência do acusado tem consequências diretas para ele no que concerne seus princípios constitucionais, assegurados a ele por meio de garantias. Demais disso, observa-se que o princípio processual penal da verdade real é o fundamento precípua utilizado pelo Estado juiz para retirar o réu da sala de audiências. Ocorre que a fim de atingir a reconstrução da realidade fática em consonância com os cânones de um Estado Democrático de Direito. Então, ante a inobservância dos princípios na retirada do acusado da sala de audiências, não se pode falar em uma suposta perseguição da verdade.

Palavras-chave: Princípio. Contraditório. Ampla Defesa. Testemunha. Artigo 217 do Código de Processo Penal. Verdade Real.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. O ARTIGO 5º, INCISO LV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	8
1.1. Princípios, regras e normas.	9
1.2. O Contraditório.....	15
1.3. A Ampla Defesa.	20
1.3.1. <i>A Plenitude de Defesa</i>	23
2. DA PRODUÇÃO DE PROVAS.....	26
2.1. Do prazo para a realização do prazo de audiência.	27
2.2. Declarações do ofendido	27
2.3. Da inquirição das testemunhas e suas implicações no artigo 217 do Código de Processo Penal.....	28
2.4. Do interrogatório do acusado.....	32
3. A VERDADE PROCESSUAL À LUZ DO ARTIGO 217 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ALGUNS APONTAMENTOS.	35
3.1. A verdade real no Processo Penal.	35
3.1.1. <i>A verdade processual e sua aplicabilidade na sistemática penalista</i>	35
3.2. A antiga redação do artigo 217 e a Lei nº 11.690/2008.....	38
CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50

INTRODUÇÃO

Sabe-se que a Constituição da República é um conjunto de normas balizadoras da atuação normativa do Estado e, como norma suprema que é, nos assegura os ditames necessários a fim de não cairmos num estado de completo autoritarismo. Por ter esse fim, ela se amolda as demandas sociais do dia-a-dia. Todavia, a fim de assegurar um Estado Democrático de Direito, imprescindível que ela possua uma base sólida que dite de maneira imperiosa determinadas diretrizes que assegurem as garantias aos cidadãos. Essa solidez decorre das normas constitucionais originárias, que não são passíveis de mutação ou declaração de inconstitucionalidade. É a base rígida da Constituição. Tais normas são chamadas de princípios e são assegurados pelo que se chama de “garantias”.

Desse mar principiológico, para a presente análise, pinça-se aqueles constantes no artigo 5º, inciso LV, da Constituição que asseguram àqueles submetidos à sistemática processual o contraditório e a ampla defesa. O objetivo do presente trabalho é a análise do referido princípio aplicado no artigo 217 do Código de Processo Penal. Contudo, para adentrar essa celeuma, imperiosa a clarificação acerca das terminologias que compõe o cerne da questão aventada.

Com esse fim, num primeiro capítulo abordaremos como se diferenciam os princípios das regras, enfatizando as categorias de princípios, seguindo a definição de J.J Canotilho. Tem-se que o referido autor lhes atribui classificação distinta segundo a lógica constitucional.

Uma vez explicitada a diferenciação dos princípios entre eles, imperiosa se faz a definição daqueles insculpidos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, quais sejam os princípios do contraditório e da ampla defesa. É que são eles que asseguram as armas necessárias para o bom deslinde do processo, bem como sua constitucionalidade. É de suma importância a referida abordagem já que, como se sabe, é imprescindível a observância das normas contidas na Constituição para a tomada de toda e qualquer decisão que afete os cidadãos; sejam elas de elaboração de lei, revogação de atos normativos já criados e afins.

O segundo capítulo versará sobre a produção de provas, cenário em que se desenvolve a fase contida no artigo 217 do Estatuto Processual Penal. Para a obtenção do referido fim, far-se-á a análise do artigo 400 do mesmo Estatuto. É que este dispositivo dá as diretrizes para a procedência da instrução penal, como a ordem de oitiva da vítima, das testemunhas e do acusado, bem como o prazo para sua realização.

Traçando um paralelo com o dispositivo em análise e o artigo 400 do Código de Processo Penal, observa-se, primeiramente, que o artigo 217 constitui uma prerrogativa dada ao magistrado no que diz respeito a garantia de segurança das testemunhas e da própria vítima; a princípio, é uma medida de exceção prevista no Código que visa a manutenção da integridade física e psicológica daqueles que prestam compromisso com o juízo. Esse é o objetivo imediato da norma disposta.

Não obstante, mandamental abordar, também nesse segundo momento, o efeito que esse direito dado ao Estado Juiz tem no acusado e como esse poderia influir nos princípios constitucionais assegurados. É que com o escopo de dar uma maior guarida à testemunha, o legislador abriu uma exceção no que concerne o direito de presença do acusado no Processo Penal.

Por fim, adentrar-se-á o coração do problema a ser tratado. É que além da proteção que o Estado visou dar às testemunhas, existe também uma justificativa processual e doutrinária distinta e demasiadamente técnica.

Consiste o aludido elemento justificante no que a doutrina chama de busca da verdade real. Essa consiste num princípio processual penal que tem como escopo a reconstrução aproximada da realidade fática da conduta delituosa em processamento. É apoiado nesse princípio que o magistrado retira o réu da sala de audiências.

O que se intenta é traçar um paralelo entre os princípios do contraditório, da ampla defesa e da busca da verdade real, a fim de obter a solução que melhor atinja o objetivo do Estado que é a verdade acerca de um fato delituoso. O sopesamento a ser elaborado configura, claramente, uma colisão entre princípios. Tendo sempre em mente que a persecução da verdade deve sempre vir de laços atados com o os princípios que regem a atual constitucionalística vigente em nosso ordenamento jurídico.

Assim, o que se pretende aqui é a análise dos princípios do contraditório, da ampla defesa em um suposto confronto com o princípio processual da verdade real. Atingindo a resolução da colidência apresentada, analisar-se-á como a retirada do réu tolhe os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa e suas consequências processuais para o acusado. Frise-se que esses princípios são norteadores da função jurisdicional e sua observância é sempre de caráter obrigatório no dizer do direito.

1 O ARTIGO 5º, INCISO LV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição institui o norte direcionador das funções reguladoras de um país, direcionando a ordem jurídica. É que ela:

“Traz inscritas, em seus textos e cânones, normas reguladoras, de caráter geral, para os diversos setores da ordem jurídica. É que o *Direito Constitucional*, sem invadir, propriamente o campo particular de cada uma das Ciências Jurídicas, representa para elas, segundo SANTI ROMANO, *um intróito*, porquanto conduz até os limites em que se manifestem suas diversas peculiaridades, para deixá-las livres desse ponto em diante, sem todavia perdê-las de vista um só momento.

É que a *Lei Maior* contém em si os fundamentos institucionais e políticos de toda a legislação ordinária, mormente quando se coloca, com normatividade rígida, no ponto culminante da hierarquia das fontes do Direito, tal como sucede, entre nós, desde a promulgação da primeira de nossas Constituições republicanas”¹.

Assim, impossível desvincular a sistemática processual penal, que é o objeto do presente trabalho, de uma análise constitucional acerca da natureza de suas normas, já que são elas que estatuem os limites de atuação da norma ordinária.

Num primeiro momento, antes de adentrar a controvérsia suscitada, imperioso abordar, a definição de regra, princípios e normas, afinal as referidas terminologias são, reiteradas vezes, tratadas como sinônimos na doutrina. É que “*salienta-se na moderna constitucionalística, que à riqueza de formas da constituição corresponde a multifuncionalidade das normas constitucionais. Ao mesmo tempo, aponta-se para a necessidade dogmática de uma clarificação tipológica da estrutura normativa*”².

Assim, explicitada a diferença conceitual, o enfoque se voltará aos princípios constitucionais contidos na norma disposta no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, para a posterior análise desses princípios na norma contida no artigo 217 do Estatuto Processual Penal.

¹PELEGRINO ROSSI *apud* MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. 2ª edição. Campinas: Millenium, 2001, p. 39.

²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

1.1 Princípios, regras e normas.

A fim de definir o conceito de princípio e regra, utilizar-se-á a definição elaborada por J. J. Gomes Canotilho, em sua obra “Direito Constitucional”. Não há negar que outros autores também propuseram a elaboração do conceito do gênero norma, subdividindo-o nas espécies princípios e regras. Entretanto, o escopo do presente trabalho não é a elaboração de um tratado minucioso acerca da obra de cada um desses autores³.

O renomado autor Português começa sua distinção sugerindo que a feitura da referida análise é demasiada complexa e alude a uma série de critérios para distinguir o conceito de regra e de princípio. Ainda, assenta que a distinção entre ambas, é uma distinção entre duas espécies do “superconceito” norma⁴.

De saída, adianta-se que os princípios são dotados de caráter multifuncional. Pois:

“Podem desempenhar uma função argumentativa, permitindo, por exemplo denotar a *ratio legis* de uma disposição [...] ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juízes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito”⁵.

Assim, como vimos de ver, os princípios podem denotar uma diretriz balizadora de comportamentos específicos, podendo prever, para tanto, uma norma imperativa, como podem, também, se prestar à bases de direcionamento de normas contidas nos Estatutos ordinários.

Primeiramente, os princípios se diferenciam das regras por serem “*normas qualitativamente distintas das outras categorias de normas – as regras*”

³Há, no âmbito internacional, alguns autores notoriamente reconhecidos, que também propõe um panorama acerca de princípios e regras. São eles Josef Esser, Karl Larenz, Claus-Wilhelm Canaris, Ronald Dworkin e Robert Alexy. Para uma melhor compreensão acerca da posição desses autores, salutar ver a evolução da distinção entre princípios e regras em ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 35-40.

⁴Brocardo idealizado pelo autor, a fim de explicitar a amplitude do conceito em CANOTILHO (1996, p. 166)

⁵CANOTILHO (1996, p. 167)

jurídicas”⁵. Em um primeiro plano, verifica-se que os princípios são otimizados, harmonizáveis com diferentes situações fáticas, sendo sua aplicação condicionada ao que ocorreu no caso concreto. As regras, em contraposição ao caráter abstrato do qual os princípios são dotados, prescrevem diretamente uma ação ou omissão. Nas palavras do já citado autor:

“Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*”); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky); a convivência de normas é antinómica. Os princípios coexistem; as regras antinómicas excluem-se”⁶;

Em seguida, aduz que os princípios podem ser sopesados e harmonizados, tendo como base um ajuste à situação aventada, e conforme seu peso, pode-se ponderá-los e conciliá-los. Já as regras não são dadas à abstrações mais profundas, sendo sua aplicação condicionada aos termos prescritos em sua redação⁷.

Segue, em terceiro plano, asseverando que em caso de colidência entre princípios, esses podem ser transigidos, vez que “*contem apenas ‘exigências’ ou ‘standards’ que, em ‘primeira linha’ (prima facie), devem ser realizados*”⁸. Já as regras têm em sua redação um caráter definitivo e imperativo ao prescrever um comportamento específico a ser seguido. Nessa toada, não são passíveis de

⁶CANOTILHO (1996, p. 167-168).

⁷Numa mesma toada raciocinológica, Luís Roberto Barroso, usando como pano os ideais de Alexy: “Em uma ordem democrática, os princípios freqüentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá ocorrer mediante ponderação: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema tudo ou nada, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato.” BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 7ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 354.

⁸CANOTILHO (1996, p. 168).

coexistência; se duas regras possuem sentidos antagônicos, uma delas deve perecer para que a outra se mantenha viva⁹.

Por fim, os princípios encontram sua problemática, quando confrontados, em sede de validade e peso, de modo que sua aplicação está condicionada à questionamentos que remetem à seu valor em contraposição à outros princípios. Já as regras condicionam sua aplicação apenas à validade; ou seja, se apresentam dissonâncias aos demais termos do ordenamento jurídico devem ser mitigadas, mudadas, ou até mesmo extintas.

Em assim sendo, a referida diferenciação, tendo em vista a exposição elaborada pelo autor *“possibilita a compreensão da constituição como sistema aberto de regras e princípios”*¹⁰. É que a sistemática constitucional necessita de ambas as normas, senão vejamos.

Ainda seguindo o raciocínio utilizado pelo Professor de Direito da Universidade de Coimbra, esse segue afirmando que um sistema jurídico composto somente por regras geraria demasiado legalismo uma fixação *“em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas”*¹⁰. De fato, uma composição sistemática nesses moldes resultaria numa maior segurança jurídica. Todavia é sabido que as mutações cotidianas demandam um *“espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto”*¹¹. Ainda, apesar da segurança jurídica que um sistema composto única e exclusivamente por regras geraria, ele seria incapaz de abarcar as demandas de uma *“sociedade pluralista e aberta”*¹¹.

⁹Humberto Ávila, em clara contraposição ao que sustenta o Professor português: “Embora tentador e amplamente difundido, esse entendimento merece ser repensado. Isso porque em alguns casos as regras entram em conflito sem que percam sua validade, e a solução para o conflito depende de atribuição de peso maior a uma delas”. ÁVILA (2011, p. 52-53). Ainda, em sua mesma obra, em edição mais antiga, sustenta: “A única distinção é quanto à determinação da prescrição de conduta que resulta da sua interpretação: os princípios não determinam diretamente [...] as regras dependem de modo menos intenso de um ato institucional de aplicação nos casos normais, pois o comportamento já está previsto frontalmente pela norma”. ÁVILA (2003, p. 55).

¹⁰CANOTILHO (1996, p. 168).

¹¹CANOTILHO (1996, p. 169).

¹²CANOTILHO (1996, p. 169).

Um sistema formado excepcionalmente por princípios dar-nos-ia um regulamento confuso e abstrato, no sentido de que a inexistência de preceitos exatos e também colidência principiológica, que como já antes demonstrado, é viável, levar-nos-ia à extrema ausência de segurança jurídica. Nessa toada, ainda, o autor alude à uma solução, que divide-se em quatro proposições.

Primeiramente, assegurando a existência de regras, vez que o sistema carece de critérios incondicionalmente estabelecidos, com o claro fito de otimização jurisdicional. Por outro lado, imprescindível, também, a existência de princípios, já que são revestidos de caráter valorativo. “São exigências de otimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos”¹²¹² :

“Em virtude da sua ‘referência’ a valores ou da sua relevância ou proximidade axiológica (da ‘justiça’, da ideia de direito, dos ‘fins de uma comunidade’), os princípios têm uma *função normogenética* e uma *função sistêmica*: são o fundamento de regras jurídicas e têm uma *idoneidade irradiante* que lhes permite ‘ligar’ ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional”¹²;

E, finalmente, para objetivar a operacionalidade das regras e dos princípios, a imperiosa necessidade de uma regulamentação processual:

“O direito constitucional é um sistema aberto de normas e princípios que, através de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma *law in the books* para uma *law in action*, para uma ‘*living constitution*’. Essa perspectiva teórico-jurídico, tendencialmente ‘principlista’, do ‘sistema constitucional’, como sistema processual de regras e princípios, é de particular importância, não só porque fornece suportes rigorosos para solucionar certos problemas metódicos [...], mas também porque permite *respirar, legitimar, enraizar e caminhar* o próprio sistema”¹³.

Ultrapassada a problemática genérica que circunda os princípios, necessita-se agora, num primeiro momento, de delimitar sua tipologia dentro do Direito Constitucional, isto significa dizer que os princípios possuem naturezas distintas e específicas e, como consequência, desempenham funções diferentes num ordenamento jurídico. Nesse sentido, o autor diferencia os princípios em

¹³CANOTILHO (1996, p. 169-170).

categorias, são elas: os (I) princípios jurídicos fundamentais, os (II) princípios políticos constitucionalmente conformadores, os (III) princípios constitucionais impositivos, e os (IV) princípios garantias.

Os princípios jurídicos fundamentais são aqueles “*historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional*”¹⁴. São oriundos da ordem jurídica positiva e são utilizados para a fundamentação da interpretação, integração e aplicação do direito. De saída, é possível observar que os referidos princípios são dotados de uma função negativa nos casos limítrofes das expressões constitucionais. Ele vem para assegurar não apenas o Estado de Direito, como também o excesso de poder. À exemplo, o artigo 1º, inciso III, da Constituição da República (princípio da dignidade da pessoa humana).

Não obstante, o referido princípio possui também função **positiva**, no sentido de informarem materialmente o atos provenientes dos poderes públicos. Assim, a exposição dessas práticas gera a obrigação das mesmas serem reconhecidas por seus destinatários, e que eles sejam notificados nos termos legais.

Assim, em razão de sua dimensão positiva e negativa, cabe à essa tipologia de princípios balizar as diretrizes da interpretação da norma constitucional; não apenas, vinculam, também, o Poder Legiferante, na medida em que o produto do labor legislativo deve, necessariamente, ser vinculado à esses princípios jurídicos legais.

Os princípios políticos constitucionalmente conformadores são aqueles que tem como berço a ideologia inspiradora da Constituição. Neles são condensados as intuições predominantes no âmbito da criação da Carta Suprema. São o “*cerne político de uma constituição política*”¹⁵. É comum as chamadas cláusulas pétreas integrarem essa casta de princípio, pois, por vezes, esses não se submetem ao poder revisional de uma constituição. Em nossa Constituição, por exemplo, o princípio Republicano é exemplo dessa categoria principiológica.

¹⁴CANOTILHO (1996, p. 171).

¹⁵CANOTILHO (1996, p. 172)

Os princípios constitucionais impositivos institui aos órgãos do Estado, mormente ao legislador, a realização de tarefas. “São, portanto, princípios dinâmicos prospectivamente orientados”¹⁶. Impõem, portanto, diretrizes sobre a atuação estatal em certos aspectos, sobretudo no que concerne a perspectiva social.

Antes de adentrar a última categoria de princípios idealizada por Canotilho, imprescindível discorrer, ainda que sucintamente, sobre a definição de garantia.

Os princípios, como já antes explicitados, são confrontados com aquilo que se chama de regra. Analogicamente, as garantias tem seus cotejo com os direitos. Os direitos tem como escopo a proteção imediata de bens pessoais (vida, liberdade...) já as garantias tem a função mediata de tutela desses direito, objetivando a limitação do poder estatal¹⁷.

Nos dizeres de José Carlos Vieira de Andrade:

“As garantias fundamentais asseguram ao indivíduo a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito ao direito que instrumentalizam. Vários direitos previstos nos incisos do art. 5º da Constituição se ajustam a esse conceito. Vejam-se, por exemplo, as normas ali consignadas de direitos processual”¹⁸.

Como vimos de ver, garantias e princípios possuem semelhanças indissociáveis, daí porque a origem da categoria princípios-garantia.

Os princípios-garantia são aqueles que designam as garantias dos cidadãos. “É-lhes atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força

¹⁶CANOTILHO (1996, p. 173)

¹⁷TIZZIOTI, Pedro Luiz. *Juizes convocados nos tribunais: ponderação entre os princípios do juiz natural e da razoável duração do processo*. Monografia final de curso, requisito de graduação do curso de Direito da Universidade de Brasília, orientada pelo Professor Doutor Mohamad Ale Hasan Mahmoud, durante o primeiro semestre letivo de 2011, p. 10.

¹⁸VIEIRA DE ANDRADE *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 258).

*determinante, positiva e negativa. Refiram-se, a título de exemplo, o princípio de nullum crimen sine lege e de nulla poena sine lege*¹⁹.

As garantias, são tidas, hodiernamente, quase como dogmas, em nossa legislação. Dentre essas garantias, que são asseguram os princípios, existem aquelas que norteiam a aplicação jurisdicional processual de nosso país. Sabe-se que a Carta Magna Brasileira consagrou os princípios da ampla defesa e do contraditório em seu artigo 5º, inciso LV. O referido dispositivo está assim redigido: *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”*. Não há negar, também, que esses dois princípios garantidores do processo são base do devido processo legal. Portanto, não há como desvincular esse tripé, que tem como sustentáculo do devido processo legal o contraditório e a ampla defesa. Nessa senda, é cediça a afirmação de que tais princípios, garantem aos residentes no Brasil um Estado de Direito. A inobservância de tais preceitos tem o condão de anular atos processuais.

Assim, seguindo as diretrizes do presente trabalho e ante a especificação das terminologias norma, princípio, regra e garantia, afunilar-se-á a presente dissertação a fim de atingir a problemática aventada.

1.2 O Contraditório

O contraditório passou a compor nossa Constituição em 1973 (artigo 122, n. 1, segunda parte) e se manteve nas Cartas subseqüentes, estando hoje incrustado no artigo 5º, inciso LV. Há, não se pode negar, que há vasta gama doutrinária abordando o princípio aqui em comento. É certo que todas apontam para o mesmo norte no sentido de que o contraditório possui, como bem assevera Grinover, elementos essenciais a necessidade de informação e a possibilidade de reação²⁰. Nos parece, também, bem acertada a definição de Canuto Mendes acerca do princípio do contraditório; para ele, a

¹⁹CANOTILHO (1996, p. 173).

²⁰GRINOVER *apud* FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 57.

contradita constitui na “*ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los*”²¹.

No processo penal, impera-se que o contraditório seja pleno e efetivo. Pleno pois sua observância é mandamental em todos os atos procedimentais, do início da fase processual até sua conclusão. Efetivo, pois não basta assegurar às partes que se manifestem acerca do que foi alegado, tem-se necessariamente que lhe assegurar os meios para que se tenha condição de contrariá-los. Salienta-se que o contraditório é uma via de mão dupla, onde a contradita funciona para ambas as partes de maneira equânime. É o que se chama de paridade de armas; as partes devem estar munidas de forças com um mesmo peso.²²

Assim, o enunciado é no sentido de que todos os atos devem, necessariamente, primar pela bilateralidade e pela possibilidade de serem rebatidos através de alegações e provas²³. É lógico, e como não poderia deixar de ser, garantista que é a nossa Constituição da República, que, juntamente com outros mais, o princípio do contraditório compõe a essência do devido processo legal - o *due process of law* – que o constituinte, não por acaso, optou por sancioná-lo logo acima do dispositivo que versa sobre o contraditório. Nesse sentido, o referido princípio torna-se, por analogia, espécie do gênero “devido processo legal”, sendo *conditio sine qua non* para a efetividade deste último.

Nessa senda, traz-se à colação trecho do *habeas corpus* julgado pelo Eminentíssimo Ministro Celso de Mello, onde aduz que “o respeito ao princípio constitucional do contraditório – que tem, na instrução probatória, um dos momentos mais expressivos de sua incidência no processo penal condenatório – traduz um dos elementos realizadores do postulado do devido processo legal”²⁴.

Impossível, também, desvinculá-lo da garantia do exercício de defesa. Isso porque o contraditório nasce do exercício da defesa, mas também é garantido por ela. Em outras palavras “a defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se

²¹ALMEIDA, José Joaquim Canuto de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 81.

²²FERNANDES Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 57.

²³PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 4.^a edição. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2001, p. 160-164.

²⁴HC 69001/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 18.02.1992, e publicado no DJ de 26.06.1992.

*manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório*²⁵. É a *audiatur et altera parse*:

“[...]traduz a ideia de que a Defesa tem o direito de se pronunciar sobre tudo quanto for produzido em juízo pela parte contrária. Já se disse: todo ato produzido por uma das partes caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda, de dar uma interpretação jurídica diversa daquela apresentada pela parte “ex adversa”²⁶”.

Frise-se que o direito de contrapor-se é inerente à ambas as partes na relação processual. A acusação possui, ao mesmo passo que a defesa, direito genuíno a trazer aos autos tudo aquilo que interesse à dedução que propôs. A letra da Constituição traz a nomenclatura “acusados” fim de *“deixar claro que a Defesa não pode sofrer restrições que não sejam extensivas à Acusação”*²⁷.

O contraditório versa, basicamente, sobre a atribuição de bilateralidade aos atos processuais. Essa dualidade consiste não apenas em opor-se a pretensão deduzida, mas também informar-se acerca dos atos praticados pela parte contrária no processo judicial. Segundo Antônio Scarance Fernandes²⁸:

“No processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de contrariá-los. Liga-se, aqui, o contraditório ao princípio da paridade de armas, sendo mister, para um contraditório efetivo, estarem as partes munidas de forças similares”.

Contudo, ao adentrar ainda mais o cerne deste princípio, é notório que o contraditório extrapola não só a argumentação e sua contradita, como também a controvérsia acerca da qual debatem os litigantes. O contraditório vem, primordialmente para igualar as oportunidades e o tratamento dado as partes, que está substancialmente

²⁵GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6ª edição. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo. 1998. p. 74.

²⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Manual de Processo Penal*. 13ª Edição. São Paulo. Saraiva, 2010. p 63.

²⁷TOURINHO FILHO, *idem*.

²⁸FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: RT, 1999. p. 28.

ligado a liberdade dos indivíduos perante a legislação pátria. Reside aí, na paridade de armas na participação do processo, como já retro aludido, o cerne do contraditório. Nas palavras de Aroldo Plínio Gonçalves:

“[...] o contraditório não é o dizer e o contradizer sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. Essa será sua matéria, o seu conteúdo possível. O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo²⁹”.

É lógico que essa essência é colocada em prática através da bilateralidade dos atos por meio do exercício de defesa. Até porque, no próprio processo penal, após a alegação inicial da acusação, seja ela pública ou privada, é dado a quem se imputa a conduta, a prerrogativa de refutar as alegações que lhe acusem de certo comportamento com todos os meios probantes lícitos existentes. Vale dizer que tal princípio, norteia a função jurisdicional do Estado vez que sua inobservância fere a relação triangular intimamente ligada à formação processual. O autor da proposição, via de regra, será detentor do ônus probante da acusação que faz. O réu, em seu turno, contra alegará o aduzido pelo *dominus litis* da ação. E, finalmente, o Estado juiz comporá a lide, afinal é ele o tutor da jurisdição. Vê-se aí, então, a aplicabilidade do princípio do contraditório. Assim, uma vez elaborada uma afirmação positiva pelo autor, dá-se ao requerido o direito de rebatê-la a fim de aclarar a controvérsia suscitada. Essa relação triangular elucida a pretensão deduzida em juízo. Nas palavras de Vicente Greco:

“O contraditório se efetiva assegurando-se os seguintes elementos: a) o conhecimento da demanda por meio de ato formal de citação; b) a oportunidade, em prazo razoável, de se contrariar o pedido inicial; c) a oportunidade de produzir prova e se manifestar sobre a prova produzida pelo adversário; d) a oportunidade de estar presente a todos os atos processuais orais, fazendo consignar as observações que desejar; e) a oportunidade de recorrer da decisão desfavorável³⁰”.

²⁹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p.127.

³⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro, 2.º Volume*. 11.ª Edição atualizada. São Paulo. Saraiva, 1996. p. 90.

Leciona, ainda, novamente à luz dos ensinamentos de Canuto Mendes, estes em consonância com os ensinamentos de Frederico Marques, o referido princípio:

“ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los, impõe o contraditório que se dê às partes ocasião e possibilidade de intervirem no processo, de modo especial, para cada qual externar seu pensamento em face das alegações do adversário. Ora, tudo isso está implícito nos meios e recursos essenciais ao direito de defesa”³¹.

Em se traçando um paralelo com a processualística civil, o contraditório obedece sistemática distinta. Isso porque, enquanto no procedimento penal o contraditório necessita ser pleno e efetivo, ainda que ante a revelia do acusado, no processo civil o mesmo não ocorre. Na revelia civilista, existe a possibilidade do seguimento da causa independente da ciência do pólo passivo da lide. Na ausência de uma resposta à proposição elaborada pelo autor da demanda judicial, presume-se verdadeiro os fatos alegados na exordial. Assim, o contraditório no processo civil é efetivado através da mera reação proporcionada pela citação válida. Traz-se à colação a explicação do mestre Frederico Marques acerca da referida revelia:

“A revelia parece dar origem a um processo sem efetivo contraditório. Mas como salienta Emilio Betti, essa falta de real contraditório não está em conflito com os fins do processo, para aplicar a lei, através de decisão justa. Esse objetivo pode ser alcançado sem a cooperação de ambas as partes. Se o réu não quis se defender, não se pode compeli-lo a isto, pois a eficácia da sua atuação contraditória é disciplinada em função de seu interesse e de sua liberdade. Além disso, deu-se-lhe oportunidade para defender-se amplamente: se ele não quis usar, impossível será compeli-lo a vir integrar o processo”³².

Como percebe-se, e aqui comungamos da percepção adotada por processualista como Arruda Alvim³³ e Calmon de Passos³⁴, que em se tratando da processualística civil, inexistente o contraditório, e sim o princípio da bilateralidade da

³¹ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *A Contrariedade na Instrução Criminal*. 1937. Apud MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller. 1997. Volume I, p. 87.

³²MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, v.II. p. 98.

³³NETO ALVIM, José Manuel de Arruda. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Ed. RT, 1975, v. I, p. 55

³⁴PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. III, p. 324.

audiência. Os referidos autores ainda atribuem ao referido princípio assento na constitucionalística. Diz Arruda Alvim:

“Na verdade o princípio da bilateralidade da audiência expressa somente a necessidade de se proporcionar ao réu o conhecimento do que contra ele se pede, ensejando-lhe a possibilidade de defesa. O do contraditório, porém, implica necessariamente que se tenha observado num processo, com igualdade de oportunidades para ambas as partes, ampla discussão – discussão efetiva – sobre a causa”.

E prossegue arguindo que *“na realidade nosso Direito Positivo adota, tão somente, o princípio da bilateralidade de audiência em especial, na nova legislação, onde a revelia, como regra geral, importa na veracidade formal dos fatos alegados pelo autor”*³⁵.

Cabe aqui, como consideração final acerca do sub-tema, frisar que o contraditório está restrito ao processo não sendo sua aplicação vinculada ao inquérito, pois, como o próprio dispositivo alude, o contraditório é assegurado nos processos judiciais ou administrativos. O inquérito, como se sabe, constitui um conjunto de atos praticados por autoridade administrativa, não configuradores de um processo administrativo. Ainda, sequer pode tratá-lo como procedimento, pois carecem da formação por atos que satisfazem uma sequência preestabelecida por lei regulamentadora. É que nos procedimentos há a necessária observância de uma sucessão de ações³⁶.

Malgrado a ressalva acima esposada, há de se admitir a atuação da defesa em fase investigativa, ainda que o contraditório não seja exigido. Cuida-se de assegurar os interesses daquele que pode vir a ser processado, sendo cabível o requerimento de diligências, o pedido de liberdade provisória e relaxamento de prisão, bem como a impetração de remédio constitucional como o *habeas corpus*.

1.3 A Ampla Defesa.

Nas palavras de José Frederico Marques:

“[...]entende-se por direito de defesa o direito latente em todos os preceitos emanados do Estado, como *subtractum* da ordem legal,

³⁵NETO ALVIM, (1975, v. I, p. 55)

³⁶MORAES, Alexandre de *apud* FERNANDES (2010, p. 62). Há de se ressaltar que existem entendimentos contrários em relação a procedimentalidade da elaboração da peça inquisitiva. Para melhor apreciação da referida corrente, que aqui não é adota, ver TUCCI *apud* FERNANDES (2010, p. 62-63)

porque constitui o fundamento primário e básico da segurança jurídica estabelecida pela vida social organizada. Como direito individual de todo cidadão, a defesa é, para este, um direito “subjetivamente ilimitado como expressão de poder objetivo”, o quer dizer que o indivíduo deve, subordinar em geral, “sua capacidade real defensiva aos limites e meios arbitrados pela lei para a proteção de sua pessoa e tutela de seus direitos³⁷”.

Ainda, à luz dos ensinamentos do Professor Marco Antonio Marques da Silva, constitui no:

“[...] asseguramento que é feito ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade. É por isso que ela assume múltiplas direções: ora traduzir-se-á na inquirição de testemunhas, ora na designação de defensor dativo, não importando, assim, as diversas modalidades, em um primeiro momento. É por isso que a defesa ganha um caráter necessariamente contraditório. É pela afirmação e negação sucessivas que a verdade irá se insurgindo nos autos. Nada poderá ter valor inquestionável ou irrefutável. A tudo terá de ser assegurado o direito de contra-agir processual- mente, contraditar, contradizer e contrapor³⁸”.

A garantia da amplitude de defesa consiste em dar àquele submetido à sistemática processual o poder de defender-se das imputações que lhe fazem, com todos os meios probatórios e processuais lícitos. Decorre daí a necessidade de buscar na Constituição Federal o elemento normativo supremo, já que a limitação estatal decorre desse documento, restringindo o *ius puniende* estatal.

No Processo Penal, a privação, via de regra, se dará na liberdade do suposto agente. Daí a imprescindibilidade da observância do princípio da ampla defesa, já que, uma vez talhado seus meios de defesa, o acusado pode vir a ser privado de seu alvedrio. Tal situação culminaria em atentado demasiado a sistemática jurisdicional vigente, causando-lhe fragilidade jurídica.

A “defesa” é o meio que o suposto agente da conduta desviante detém para assegurar sua ampla defesa e contrapor-se à pretensão do autor. Tal defesa é

³⁷MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. Ed. Campinas: Millenium, 2000. v. IV, p. 420.

³⁸SILVA, Marco Antonio Marques da. *Juizados especiais criminais*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 48-49.

subdividida em duas linhas: a defesa processual, na qual caberá ao acusado alegar a inadmissibilidade da prestação estatal, tal como ausência de alguma condição da ação e a defesa de mérito, onde o requerido deverá arguir a improcedência da ação.

Todavia, a aplicabilidade dos preceitos constitucionais também encontra óbices. A inflação legislativa, assuntos que trazem grande comoção social, sobretudo a segurança, nos remetem a uma fragilidade quanto a sistematização das leis. Tal problemática nos remete a não aplicabilidade do princípio da ampla defesa, acarretando a incompreensão dos diplomas legais e a inocorrência da soberania da sociedade, já que os princípios constitucionais decorrem dela. O Estado Constitucional de Direito, hoje, não apenas condiciona mas também é condicionado, dando margem a um direito ilegítimo que não nasce sólido e programado, ele também vincula-se a outras constituições. Daí ser chamado de “sistema garantista”.

Em vida prática, a ampla defesa consiste, basicamente, em dois fundamentos; atribuir bilateralidade ao processo (*strictu sensu*) e privar os indivíduos de serem julgados antes de sua ouvida (*latu sensu*). Há de se deduzir, também, que a ampla defesa e o contraditório estão previstos num mesmo dispositivo, sendo, assim conceitos relacionados. O poder das partes de contraditar o aduzido pela titular da ação penal, como já retro dito, decorre do direito de defesa e o mesmo direito o garante. Mas como se dará essa contraposição? Com os meio probantes que o acusado poderá trazer aos autos. A ampla defesa é o instrumento pelo qual o contraditório se efetiva, afinal, é através das provas trazidas ao juízo, gize-se que estas deverão ser sempre lícitas, que se deduz a prestação jurisdicional. Se o contraditório consiste em contradizer o aduzido pelo que tem o domínio da ação penal, a ampla defesa proporciona o aparato capaz de fazer valer esse princípio.

É dessa vinculação entre os dois princípios o berço da ideia de sancioná-los juntos, de forma que um dê efetividade ao outro e juntos possam garantir a devida presteza na formação do convencimento do julgador. Nesse esteio:

“[...] o direito à prova como aspecto de particular importância no quadro do contraditório, uma vez que a atividade probatória representa o momento central do processo: estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visa ela a possibilitar a demonstração da verdade, revestindo-se de particular relevância para o conteúdo do provimento jurisdicional. O concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato posto

como fundamento das pretensões das partes, ou seja, de estas poderem servir-se das provas³⁹.

Como já retro mencionado, os princípios supracitados tem caráter tão absoluto e imutável que beiram o conceito de dogma. Nesse esteio, aplicam-se à toda e qualquer relação processual.

Nos procedimentos de competência do Tribunal do Júri, o princípio da ampla defesa vigora em sentido mais vasto: é a chamada plenitude de defesa.

1.3.1 A Plenitude de Defesa.

A Carta Magna Brasileira previu duas vezes do direito de defesa, tendo sido a ampla defesa tipificada no artigo 5º, inciso LV, e a plenitude de defesa insculpida no artigo 5º, inciso XXXIII, alínea “a”. Frise-se que ambos os princípios aqui tratados se subsumem à categoria dos princípios-garantias já tratados neste capítulo.

Num primeiro momento, a questão primordial a ser suscitada é: foi o legislador originário redundante ao sancionar a garantia da amplitude e da plenitude de defesa em dispositivos distintos? A resposta é não. O que ocorre é que a suposta celeuma passa ao largo da pleonástica. Isso porque a plenitude de defesa abrange não apenas a defesa técnica, que é revestida de caráter meramente jurídico, mas também os aspectos políticos, religiosos e sociais, como meio de convencimento dos jurados, já que no rito do Tribunal do Júri e, onde vigora o referido princípio, são eles os competentes para apreciar a culpa do acusado. Aduz Antonio Scarance Fernandes:

“São dois os princípios, ainda que correlatos. Quis o legislador constituinte, além da ampla defesa geral de todos os acusados, assegurar ao acusado do júri mais, ou seja, a defesa plena, levando em conta principalmente o fato de que, diferentemente das decisões judiciais nos processos em geral, a decisão dos jurados não é motivada”⁴⁰.

É que a teor do que dispõe o artigo 93, inciso IX, da Constituição da República⁴¹, as decisões judiciais devem sempre ser fundamentadas, contrariamente às

³⁹GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães, Ob. Cit. p. 119

⁴⁰FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 166.

⁴¹Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

decisões emanadas de um Conselho de Sentença. Assim, o legislador originário, com o claro intuito de suprir essa defasagem no que tange aos crimes remetidos ao Júri, calculou a ampliação do princípio da ampla defesa e a positivou como cláusula pétrea na Lei Maior.

É tanto que a plenitude de defesa vigora no Júri desde a escolha dos Jurados, sendo viável a possibilidade de vetar alguns membros para a composição do Conselho de Sentença. Daí, ela encontrar-se presente, também, nos debates e na formulação dos quesitos. “*Extrai-se interessantes conclusões, como, por exemplo, a de que o réu, quando for necessário para a defesa plena, tem direito: a ouvir mais testemunhas do que lhe permite o rol; a tempo maior para os debates [...] a inovar na tréplica sua tese de defesa*”⁴².

Inclusive, ao magistrado presidente da sessão do Tribunal do Júri, incumbe o controle da defesa hábil do acusado, sendo-lhe facultado declará-lo indefeso e nomeando defensor diverso para o patrocínio de sua causa. Ainda, se entender forçosa, é cabível a antecipação da tréplica (antes da réplica)⁴³.

Por fim, entende-se também pesaroso à defesa plena do acusado sua permanência em plenário com o uso de algemas. A matéria, foi, inclusive objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal que, em 13 de agosto de 2008, aprovou o enunciado da Súmula Vinculante de número 11⁴⁴, a fim de regulamentar a utilização do referido objeto nos punhos do acusado.

[...]

IX. todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

⁴²FERNANDES (2010, p. 166)

⁴³Aqui, filiamo-nos a tese elaborada pelos Ilustríssimos Desembargadores Dirceu de Mello, Celso Limongi e James Tubenchlak. Em acórdão de Relatoria do magistrado Dirceu de Mello: “Entendo, com efeito, que falar por último (tréplica), com possibilidade, inclusive de modificar linha de defesa até então seguida, é uma das poucas vantagens que se oferece ao réu nos julgamentos pelo júri [...] Assim, quantas vezes, ante a ausência de réplica do Promotor, fica o Defensor impedido de expor, aos jurados, argumentos que, pressuroso, teria reservado para a oportunidade da tréplica”. Em TUBENCHLAK, James. *Tribunal do Júri – contradições e soluções*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 157.

⁴⁴“Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiro, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Ainda, a Lei n° 11.689/2008 alterou o disposto no artigo 474 do estatuto Processual Penal, consolidando o enunciado emanado pelo Plenário do Pretório Excelso.

2 DA PRODUÇÃO DE PROVAS

O presente trabalho versa sobre a presença do acusado na sala de audiências quando da oitiva das testemunhas; assim, imperiosa a abordagem procedimental dos elementos que compõe a formação da culpa daqueles submetidos à sistemática processual penal. Frise-se que a fase probante, seja ela de colheita de provas orais bem como de perícias técnicas é de importância precípua para se atingir o objetivo do processo, ou seja seu fim, revestido, na medida do possível, de caráter de lúdima justiça, sendo mandamental a observância dos pressupostos processuais penais bem como dos princípios e garantias constitucionais.

De saída, pretende-se abordar como se dão as colheitas das informações prestadas pela vítima, dos depoimentos concedidos pelas testemunhas e, por fim, do interrogatório do réu. A necessidade do presente capítulo reside em especificar o procedimento adotado na coleta das provas orais. Analisar-se-á as minúcias e vicissitudes inerentes a cada um deles e o porquê de serem como são.

O artigo 400 do Código de Processual Penal estatui os direcionamentos de procedência das tomadas de declarações de todas as parte envolvidas na lide criminal. Para um melhor estudo do respectivo procedimentos decompór-se-á as fases do procedimento adotado pra as audiências instrutórias na processualística criminal. Para adequada compressão, transcrever-se-á a redação do respectivo dispositivo:

“Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

§ 1º As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.

§ 2º Os esclarecimentos dos peritos dependerão de prévio requerimento das partes.”

Frise-se que o referido dispositivo passou a ter essa redação com as reformas advindas da Lei nº 11.719 de 2008, que alterou inúmeros artigos do Estatuto Processual Penal

2.1 Do prazo para a realização do prazo de audiência.

Estatui o referido dispositivo que a audiência realizar-se-á no prazo máximo de 60 (sessenta dias). Embora o dispositivo silencie, sabe-se que esse prazo inicia-se quando do afastamento da possibilidade de absolvição sumária pelo magistrado competente. Daí ele resolve dar continuidade à instrução.⁴⁵

Deu-se o referido prazo em consagração ao princípio da celeridade nos processos penais, haja vista a realidade penal brasileira. Todavia, o referido prazo é constitui prazo impróprio, ou seja, sua inobservância na gera sanção, constitui apenas uma observância. Todavia:

“Em caso de réu preso, tornar-se-á certamente a discussão a respeito de constrangimento ilegal, por excesso de prazo na formação da culpa, uma vez que o Estado não cumpriu o disposto em lei. Parece-nos admissível que se torne a esse prisma, pois a lei é recém editada e deveria conter prazos verossímeis para serem alcançados⁴⁶”.

Conclui-se, enfim que, pelo bem ou pelo mal, a importância se dará no caso concreto, até pelas peculiaridades de cada Vara, para se analisar a “*concretude de eventual constrangimento ilegal*”⁴⁷.

2.2 Declarações do ofendido

Com as inovações trazidas pela Lei n° 11.719 de 2008, o Código de Processo Penal deu especial valor à palavra da vítima a fim de reconstruir a realidade fática. Nessa senda, Guilherme de Souza Nucci, “*dá-se cada vez maior valor à palavra da vítima no processo penal, o que é a tendência correta*”⁴⁸. Essa tendência não nos parece de tudo acertada. É que tendo sido ele o sofredor das ações do suposto agente delinquente, suas palavras são maculadas de sentimentos e emoções que podem alterar a veracidade dos fatos, ainda que o ofendido esteja agindo de boa fé. Num primeiro momento, é cabível o entendimento de que as palavras da vítima devem ser aceita sem reservas, vez que, sendo ele o destinatário das ações ofensivas poderia recriar com mais precisão o cenário onde a conduta delituosa ocorreu. Todavia, repita-se, seu depoimento viciado por sentimentos

⁴⁵NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 10ª Edição. São Paulo: Editora RT, 2001, p. 773.

⁴⁶NUCCI (2011, p. 773).

⁴⁷NUCCI (2011, p. 773).

⁴⁸NUCCI (2011, p. 773).

como paixão, ódio e outras emoções inerentes a um processo de invasivo como o cometimento de um crime em detrimento de outrem. Nas palavras de Fernando da Costa Tourinho Filho:

“Prima facie, parecerá que suas declarações devem ser aceitas sem reservas, pois ninguém melhor que a vítima para esclarecer o ocorrido. É de ponderar que aquele que foi objeto material do crime, levado pela paixão, pelo ódio, pelo ressentimento e até mesmo pela emoção, procura narrar os fatos como lhe pareçam convenientes; às vezes, a emoção causada pela cena delituosa é tão intensa que o ofendido, julgando estar narrando com fidelidade, omite ou acrescenta particularidades, desvirtuando os fatos⁴⁹”.

Assim, sua palavra deve ser tomada com reservas e confrontadas com os demais elementos de prova coligidos em juízo. Há de salientar, desde já, que aqui não se pretende fazer o ofendido confrontar seu ofensor. Como a doutrina majoritária, entendemos que, sentido-se a vítima intimidade com a presença de ofensor não lhe cabe olhá-lo nos olhos, é tanto que a Lei nº 11.690/08, que alterou o disposto no artigo 217 do Código de Processo Penal, positivou os anseios doutrinários e jurisprudenciais e incluiu o ofendido como adendo, vez que antes limitava suas ressalvas à presença do ofensor apenas às testemunhas.⁵⁰

2.3 Da inquirição das testemunhas e suas implicações no artigo 217 do Código de Processo Penal.

É nesse tópico que reside nossa maior atenção. Até porque, daqui em diante as atenções da presente dissertação estará voltada para o depoimento prestado pela testemunha e em como a retirada do réu da sala de audiências ofenderá os princípios do contraditório e ampla defesa.

⁴⁹TOURINHO FILHO (2010, p. 595).

⁵⁰Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci: “A reforma introduzida pela Lei 11.690/2008 não mais menciona a *atitude* do réu, passando a se referir à mera presença do acusado. Acrescente-se a potencial causação de humilhação, temor ou sério constrangimento à testemunha. Outra inovação é o adendo referente à pessoa do ofendido (antes mencionava-se somente a testemunha).” NUCCI (2011, p. 513.)

Inicia-se a presente argumentação lembrando que a natureza jurídica do depoimento da testemunha é, no processo penal, a de meio de prova, sendo equiparada a elementos como a confissão, documentos e perícia.⁵¹

A definição de testemunha de Guilherme de Souza Nucci, em sua obra Código de Processo Penal Comentado, nos parece de precisão certa e bem cabida. Aduz ele que a testemunha:

“É a pessoa que toma conhecimento de fato juridicamente relevante, podendo, pois, confirmar a veracidade do ocorrido, agindo sob o compromisso de estar sendo imparcial e dizendo a verdade⁵²”.

E Tourinho Filho complementa aduzindo serem elas: “*terceiras pessoas que comparecem perante a autoridade para externar-lhe suas percepções sensoriais extraprocessuais*”⁵³.

Insiste-se tanto neste tópico pois a testemunha é de valor incomensurável. É que tem-se que apenas em casos excepcionais é que as infrações penais são provadas por outros elementos de prova. Via de regra, as transgressões legais são provadas apenas por pessoas que presenciaram o fato ou que dele tiveram conhecimento.⁵⁴

É bem verdade que, apesar da imprescindibilidade da prova testemunhal, essa é dotada de imperfeições vez que é oriunda do depoimento de pessoas. Nas palavras de Jayme de Altavila:

A testemunha no nosso Direito Penal continua incrustada como um mal necessário, que não podemos extirpar, sob pena de comprometermos os demais órgãos do corpo do processo.⁵⁵

Daí nos cabe dizer que a prova testemunhal, como os demais meios de prova, são de natureza **relativa**. Decorre daí a necessidade mandamental de submetê-las a um contraditório pleno, a fim de evitar o cerceamento de defesa do acusado.

Diz-se da retirada do réu da audiência, quando da ouvida das testemunhas, a *humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha e [...]*

⁵¹NUCCI (2011, p. 472)

⁵²NUCCI (2011, p. 472)

⁵³TOURINHO FILHO (2010, p. 596).

⁵⁴TOURINHO FILHO (2010, p. 596).

⁵⁵ALTAVILA, Jayme. *A testemunha na história e no direito*. São Paulo: Melhoramentos. 1967, p. 128

*determinará a retirada do réu, prosseguindo a inquirição, com a presença de seu defensor.*⁵⁶ Extrai-se que, a despeito das razões processuais que mais adiante serão tratadas nesse trabalho, visou o estatuto a proteção da testemunha e, para tanto, o legislador ordinário entendeu por bem tolher garantias constitucionais inerentes à tramitação processual. Entende-se descabida essa tutela à testemunha especificamente nesse dispositivo e se explica.

Com efeito, não é o escopo do presente trabalho alegar que a testemunha que, inúmeras vezes, se predispõe a fornecer dados capazes de alicerçar não apenas a livre convicção do magistrado mas também a reconstrução dos fatos não mereça tutela de forma alguma.

Ocorre que vigora hoje a Lei n° 9.807/1999, que intui *proteger a integridade física e psicológica das testemunhas e vítimas coagidas ou ameaçadas no curso do processo ou da investigação criminal, possibilitando-lhes ingressar em programa especial de proteção e até mesmo, em último caso, alterar a própria identidade, tudo extensível aos seus familiares íntimos.*⁵⁷

Assim, nesse diapasão, nos parece que a testemunha já dispõe de aparato legal cuja finalidade seja seu resguardo, para, assim, poder prestar compromisso com a verdade, como lhe é de dever. É que seria demais impor àquele submetido à sistemática processual penal, que já é por si só uma pena, que veja mitigada suas garantias constitucionais a fim de que a testemunha seja protegida. Compete ao Estado, e somente a ele, a proteção dos cidadãos e, por conseguinte, os mecanismos com os quais irá assegurar a assistência à segurança deles.

Assim, criou-se a Lei supra referida, que visa a garantia da integridade das testemunhas que se comprometem com o juízo.

Com efeito, ainda, o Código de Processo Penal, em seu Livro VI, no artigo 792, § 1°, aduz:

Art. 792. As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados.

⁵⁶ Trechos da redação do artigo 217 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei n° 11.690/2008

⁵⁷ NUCCI (2011, p. 478).

§ 1º Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.

Em razão do dispositivo transcrito, foi necessário, então a promulgação do Provimento 32/2000⁵⁸, no Estado de São Paulo, que deu a prerrogativa de autorizar os delegados de polícia e juízes de direito – autoridades titulares da função inquisitória e acusatória – a manutenção dos dados das testemunhas que sofreram ou possam vir a sofrer qualquer tipo de constrangimento e que venham a temer por sua vida em sigilo, sendo disponibilizado dados como endereço, telefone e dados qualificadores apenas aos defensores, promotores e juízes constituídos. Os dados ficam sob a guarda do escrivão, em pasta própria. Afastou-se, assim, a possibilidade dos dados das testemunhas serem obtidos por qualquer pessoa no balcão do cartório da Vara.

O pedido de sigilo deve ser requisitado pela testemunha, tendo que passar pelo crivo da autoridade policial ou judiciária, não sendo sempre necessária sua justificação. Nesse sentido, observa-se que o legislador é operante na função de manter a testemunhas do Estado seguras.⁵⁹

Destarte, vê-se que, ante a existência de dispositivos que visam tutelar a segurança e integridade das testemunhas do juízo criminal, a positivação de outro mecanismo que intente salvaguardar esse bem jurídico torna-se dispensável. Ainda mais no que concerne o artigo 217 do Código de Processo Penal, já que essa prerrogativa atribuída ao magistrado, repita-se, mitiga as garantias constitucionais asseguradas aos acusados.

Conclui-se, dessa forma, que não obstante a prova testemunhal ser passível de inúmeras atribuições que coloquem em prova sua veracidade, ela, ainda sim, é imprescindível para o adequado deslinde dos fatos e a consequente apuração dos fatos. Todavia, não se pode olvidar, nas palavras da Desembargadora Salete Silva Sommariva, que:

“[...]partindo da premissa de que a presença do acusado na audiência de inquirição das testemunhas decorre do princípio da ampla defesa, na medida em que deverá conhecer as provas contra

⁵⁸Provimento oriundo da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, publicado no Diário Oficial do Estado de 31 de outubro de 2000, de lavra do Desembargador Luís Macedo.

⁵⁹NUCCI (2011, p. 479).

si produzidas, sobretudo quando há possibilidade de esclarecimento de determinado ponto mediante a formulação de perguntas ao final [...]⁶⁰.

2.4 Do interrogatório do acusado.

Com o advento da Lei n° 11.719/2008, que alterou a redação do artigo 400, o interrogatório passou a ser o último elemento constante da fase instrutória. A alteração “*é a consagração da autodefesa, como corolário da ampla defesa*⁶¹”. É que, em sendo este o último elemento a ser coligido, o quadro probatório encontra-se praticamente todo findo, dando ensejo à uma melhor defesa.

Aqui, filiamo-nos ao entendimento esposado por Tourinho Filho, onde entende-se que o interrogatório do réu transcende o caráter probante inerente aos depoimentos testemunhais e declarações. Tem-se que o interrogatório, é, acima de tudo, meio de defesa do acusado. A evidência mais nítida da proposição do referido é autor é que a Carta Magna consagrou o *silêncio* como garantia constitucional (artigo 5°, inciso LXIII). Não obstante poder o magistrado elaborar perguntas ao acusado, cabe a ele a prerrogativa de escolher ou não se responderá aos questionamentos propostos pelo Estado juiz.⁶²

Feita a ressalva, encontra-se as regras utilizadas para a elaboração do interrogatório esposadas no artigo 187 do Código de Processo Penal. A fim de analisar suas minúcias, transcrever-se-á o referido dispositivo:

“Art. 187. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos.

§ 1° Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais.

§ 2° Na segunda parte será perguntado sobre:

I - ser verdadeira a acusação que lhe é feita;

⁶⁰Brasil, Santa Catarina, Apelação Criminal n° 2008.030351-5 – SC, 2ª Câmara Criminal, Relatora Desembargadora Salete Silva Sommariva, 25.05.2010 v. u.

⁶¹NUCCI (2011, p. 774).

⁶²TOURINHO FILHO (2010, p. 576).

II - não sendo verdadeira a acusação, se tem algum motivo particular a que atribuí-la, se conhece a pessoa ou pessoas a quem deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam, e se com elas esteve antes da prática da infração ou depois dela;

III - onde estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta;

IV - as provas já apuradas;

V - se conhece as vítimas e testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar contra elas;

VI - se conhece o instrumento com que foi praticada a infração, ou qualquer objeto que com esta se relacione e tenha sido apreendido;

VII - todos os demais fatos e pormenores que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração;

VIII - se tem algo mais a alegar em sua defesa.”

Como se extrai da redação do dispositivo transcrito, o *caput* do artigo 187 nos remete à três fases de interrogatório.⁶³

A primeira etapa é denominada de “interrogatório de qualificação”. Esta fase compreende a obtenção dos dados básicos do acusado, como nome, naturalidade, estado civil, a idade, a filiação, a residência, o meio de vida, o lugar em que a exerce e se sabe ler ou escrever. No que concerne essa fase, não cabe o direito de silêncio nem o fornecimento de informações falsas sem que haja implicações jurídicas geradoras sanção:

“É que o direito de silêncio não é ilimitado, nem pode ser exercido abusivamente. As implicações, nessa situação, podem ser graves, mormente quando o réu fornece, maldosamente, dados de terceiros, podendo responder pelo seu ato⁶⁴”.

A segunda etapa tem como escopo a angariação de informações acerca da *pessoa* do acusado. Consiste numa análise acerca da individualização daquele sendo processado. Nessa fase, o que se busca são os elementos para uma eventual dosimetria de pena, nos termos dos preceitos insculpidos no artigo 59 do Código Penal, salientando que

⁶³ NUCCI (2011, p. 438)

⁶⁴ NUCCI (2011, p. 436)

esse critério utilizado para a fixação da pena base⁶⁵.

A importância dessa fase reside no conhecimento do magistrado sobre o acusado, para, só assim, a fixar a pena, elaborando a individualização da pena de maneira constitucional, “*cabe ao interrogante indagar do réu quais as oportunidades sociais que tem ou teve, bem como a respeito de sua vida pregressa*”⁶⁶. Nesta fase, já é facultado ao acusado lançar mão do seu direito de silenciar e até mesmo de faltar com a verdade sem existir possibilidade de uma futura punição.

“Não é crível que, ouvido a respeito de seus dados familiares, sociais e passado criminal, seja ele obrigado a falar sob pena de ser processado por desobediência, nem tampouco que seja obrigado a narrar a verdade, até porque esta, no caso seria impossível de ser avaliada. O acusado, ainda que condenado, pode pretender omitir isso do juiz para proteger-se. Ele pode, ainda, mesmo que não seja bom pai e esposo, declarar-se como tal, visando à apresentação de melhor situação pessoal ao magistrado”⁶⁷.

E, finalmente, a terceira etapa que consiste no interrogatório de mérito. Essa diz respeito à imputação atribuída ao acusado. Nesta fase, o magistrado se incumbirá de obter dados acerca dos fatos e demais minúcias constantes do § 2º do artigo 187. Aqui nesta fase também pode o réu se manter calado sem que o exercício da garantia lhe cause qualquer prejuízo.

⁶⁵“Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

⁶⁶NUCCI (2011, p. 438).

⁶⁷NUCCI (2011, p.438).

3 A VERDADE PROCESSUAL À LUZ DO ARTIGO 217 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ALGUNS APONTAMENTOS.

O artigo 217 do Código Processual Penal faculta ao magistrado a retirada do acusado da sala de audiências quando da oitiva da vítima e também das testemunhas. O faz, sempre justificadamente, tendo em vista à busca da verdade real, também concebida na doutrina como verdade material ou processual. Adentrando, nesse momento, o cerne do objeto controvertido do presente trabalho, observa-se que, em função de persecução de uma verdade materialmente idêntica à realidade fática, essa, como há de se demonstrar, inatingível, nos deparamos com a colidência entre os princípios do contraditório, da ampla defesa e o princípio da busca da verdade processual.

A partir desse ponto, é que ponderaremos-los a fim de atingir a resolução mais cabível à retirada do réu da sala de audiências. Já de saída, adverte-se que aqui não se tratará do confronto direto da vítima com seu acusado, afinal, não se pode exigir do ofendido que fique cara a cara com seu ofensor. Até porque a vítima sequer possui compromisso com a verdade, sendo que seu depoimento constitui peça informativa, não possuindo compromisso com a verdade. Contrariamente do que acontece com as testemunhas, que prestam compromisso com a verdade e, sobretudo, com o juízo, sendo-lhe vetado trazer fatos que não possuam natureza idônea e verossimilhança fática.

3.1 A verdade real no Processo Penal.

Seguindo as diretrizes do presente trabalho, entende-se imprescindível abordar o princípio da verdade real, hoje tratada como verdade processual, e seus fundamentos, vez que essa norma é utilizada como fundamento para a retirada do réu da sala de audiências quando da oitiva das testemunhas bem como da vítima.

3.1.1 A verdade processual e sua aplicabilidade na sistemática penalista.

Parafraseando Frederico Marques, tem-se que a descoberta da verdade é apontada como desiderato imediato e característico do processo penal, o que, a nosso ver, nos parece pouco crível⁶⁸. Não há negar a importância de se buscar uma aproximação à realidade quando da apuração dos atos na fase instrutória. Pois, “*se uma justiça penal*

⁶⁸MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2ª ed. Campinas: Ed. Millenium, 2000, p. 63.

*integralmente ‘com verdade’ constitui uma utopia, uma justiça penal completamente ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbitrariedade*⁶⁹”.

A fim de dar continuidade ao presente estudo, mister a elaboração de uma abordagem minuciosa acerca o tema verdade. Para atingir esse fim, a nós nos parece interessante a abordagem trazida por Luigi Ferrajoli, em sua obra “Direito e Razão, no que concerne o tema.

O pensamento iluminista consagrou o antagonismo entre o cognitivismo jurídico e o decisionismo. No cognitivismo, que prega o sistema de freios e contrapesos idealizado por Montesquieu, possui-se sempre inteiro conhecimento do fato e a sua completa adequação à norma. Como consequência, o juiz funcionaria apenas como “boca da lei”, vez que se anularia completamente a potestade atribuída ao Estado. Já no decisionismo, o critério é sempre o arbítrio do julgador, sendo as circunstâncias subjetivas sempre submetidas ao seu crivo e seu íntimo entendimento, sem levar em conta as circunstâncias fáticas⁷⁰.

O juízo penal, como bem assenta Luigi Ferrajoli, é um saber-poder, ou seja uma combinação de conhecimento, e decisão. Nesse diapasão, quanto melhor se conhece o fato, menor a arbitrariedade com que o magistrado julga a causa. No mesmo sentido, quanto menos informações se tem acerca de um ocorrido, mais despótico será seu julgamento. Ademais, existe um nexo indissolúvel entre o sistema cognitivista e as garantias penais e processuais, no sentido de que a regra, incumbida de cominar a conduta desviante e comprová-la, sem se olvidar que essa comprovação consiste na busca incansável ao que se denomina verdade real, deve, necessariamente, estar submetida aos limites normativos ditados pelas garantias penais e processuais constitucionais.⁷¹ É certo, também, que o ideário iluminista de que existe dentro da sistemática normativa uma perfeita correspondência entre fato e norma constitui numa “*ingenuidade filosófica viciada pelo realismo metafísico*”⁷². Extraí-se dessas ideias que essa incessante busca pela verdade dentro da processualística penal é merece redefinição no sentido de que a não se pode olhá-la como o escopo imediato e sim como algo a ser aproximável, vez que nunca plenamente alcançável. Daí, chega-se a conclusão que a verdade é mais ou menos atingível

⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 48

⁷⁰ FERRAJOLI (2006, p. 49)

⁷¹ FERRAJOLI (2006, p. 49).

⁷² FERRAJOLI (2006, p. 49).

se forem aclaradas os requisitos sob os quais a veracidade pode ser mais ou menos satisfeita.⁷³

A tese sustentada pelo autor é a de que cognitivismo e decisionismo não são nexos excludentes. É bem verdade que o modelo iluminista de perfeita subsunção entre previsões legais e fatos concretos e do juízo como aplicação mecânica da lei é fantasioso e inalcançável. Todavia, prossegue o referido autor:

“Disso, se pode, no entanto, salvaguardar o valor teórico e político se – e somente se – for redefinido como *modelo limite*, nunca plenamente alcançável, senão apenas aproximável e, sobretudo, se forem esclarecidas as condições na presença das quais este pode ser *mais* ou *menos* satisfeitos⁷⁴”.

É que a busca pela verdade é incessante, por mais que se tenha certeza de que o modelo limite é inatingível. E, continua o jurista italiano, ainda que o modelo encontre limites insuperáveis, o modelo garante que os fragmentos obscuros que circundam a verdade fática sejam resguardados pelas garantias de estrita legalidade e estrita jurisdicionariedade e de seu grau de efetividade. Assim, cabe dizer que “*as garantias legais e processuais, além de garantias de liberdade são garantia de verdade; e que ‘saber’ e ‘poder’ concorrem em medida diversa no juízo, segundo aquelas sejam mais ou menos realizáveis e satisfeitas*”⁷⁵.

Assim, aplicando a ideia de contraposição entre o exercício regular de um direito (cognitivismo), que é a presença do acusado na sala de audiências quando da oitiva das testemunhas, sejam elas de defesa ou de acusação, em antagonismo ao arbítrio estatal, que seria a sua retirada em razão do que preceitua do artigo 217 do Estatuto Processual Penal, o autor arremata asseverando:

“De fato, as garantias processuais que circundam a busca da verdade processual no processo cognitivo asseguram a obtenção de uma verdade mínima em obediência aos pressupostos da sanção, mas também garantida graças ao caráter empírico e determinado das hipóteses acusatórias, por cânones de conhecimento como a presunção de não culpabilidade até prova em contrário, o ônus da prova a cargo da acusação, o princípio *in dubio pro reo*, a publicidade do procedimento probatório, o contraditório e o direito de defesa

⁷³FERRAJOLI (2006, p. 49).

⁷⁴FERRAJOLI (2006, p. 49).

⁷⁵FERRAJOLI (2006, p. 49).

mediante refutação da acusação. Ao contrário, o processo decisionista é tipicamente inquisitivo, assenta-se em todos os casos na busca da verdade substancial, que por isso se configura como uma verdade máxima, perseguida sem qualquer limite normativo aos meios de aquisição das provas e ao mesmo tempo não vinculada, mas discricionária, no mínimo porque a indeterminação das hipóteses de acusação e o seu caráter avaliativo exigem mais que provas, juízos de valor não contestáveis pela defesa. Nesse segundo modelo o fim (de atingir a verdade qualquer que seja) justifica os meios (os procedimentos quaisquer que sejam); enquanto no primeiro é o fim que é legitimado pelos meios (porque fundado ou garantido por vínculos representados⁷⁶).

3.2 A antiga redação do artigo 217 e a Lei n° 11.690/2008.

É sabido que o Código Processual Penal vigente data de 1941, e, com o passar dos anos, a sistemática processual se tornou obsoleta em diversos aspectos. Daí decorreu a necessidade do legislador em alterá-lo para melhor adequar sua aplicação às demandas sociais atuais. A novel legislação, que modifica precipuamente as normas concernentes à contribuição que o ofendido traz à instrução, tutela, de maneira demasiadamente significativa, a vítima. À luz dos ensinamentos do renomado processualista Fernando da Costa Tourinho Filho⁷⁷:

“A Lei n. 11.690/2008, dando nova redação ao capítulo destinado ao ofendido, concedeu-lhe uma série de direitos (art. 201 e parágrafos do CPP): a) o ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação da data para a audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem; b) as comunicações ao ofendido serão feitas no endereço por ele indicado, admitindo-se, por opção do ofendido, o uso de meio eletrônico; c) antes do início da audiência e durante sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido; d) se o Juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado; e) o Juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes

⁷⁶FERRAJOLI (2006, p. 498).

⁷⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Manual de Processo Penal*. 13ª Edição. São Paulo. Saraiva, 2010. p. 596.

dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação.”

É compartilhado o entendimento de que, não obstante as prerrogativas dadas ao ofendido, as reparações feitas em tal legislação não tem como fim limitar o exercício da ampla defesa e do contraditório. É tanto que as demais alterações no referido Estatuto são, em sua maioria, no sentido de assegurar os postulados constitucionais aos acusados. A exemplo, cita-se a mudança elaborada no artigo 400, oriunda da Lei nº 11.719 de 20 de junho de 2008, que altera a ordem do interrogatório, transferindo-o para o último ato da instrução penal.

Dentre as diversas reformas elaboradas pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, merece destaque aquela que alterou o disposto no artigo 217 do referido dispositivo legal. A fim de traçar um paralelo entre a redação anterior e ulterior do referido dispositivo, faz-se imperiosa a transcrição de ambas, senão vejamos. O artigo mencionado possuía esta forma:

“Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu, pela sua atitude, poderá influir no ânimo da testemunha, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará retirá-lo, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. Neste caso deverão constar do termo a ocorrência e os motivos que a determinaram”.

Ao se referir à atitude do acusado, o legislador originário atribuiu caráter objetivo à norma. Assim, para efetivar a retirada do acusado da sala de audiências, mister seria a prática de uma conduta positiva. Tal conduta necessitaria ser de tal monta que intimidasse a testemunha ou o ofendido. Salienta-se ainda que tal decisão, por ferir claramente o princípio da amplitude de defesa, consagrado na Constituição da República, necessita ser substancialmente fundamentado. Na ausência de tal comportamento, não há falar em retirada e o réu permaneceria na oitiva de todos os membros componentes da demanda que lhe foi proposta. A simples presença do réu não configurava razão robusta para que ele não acompanhasse os atos processuais. Ainda que esse fosse o antigo contexto, a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais Superiores já se flexibilizavam no sentido de que “a presença do réu pode ser vedada na sala de audiência se houver temor por parte das testemunhas e vítimas⁷⁸” e que “o direito de presença do acusado na sala de audiência não é absoluto e a lei, ela mesma, confere ao Juiz, em obséquio primariamente do

⁷⁸Brasil, Superior Tribunal de Justiça, HC 62.393/GO, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, Julgado em 04.10.2007.

*conhecimento da verdade real, o poder-dever de fazer retirar o réu sempre que pela sua atitude possa influir no ânimo da testemunha*⁷⁹. Foi nesse contexto, onde as principais fontes do direito processual penal soavam uníssonas ante a flexibilização do dispositivo 217 do Estatuto Processual Penal, que o legislador, no ano de 2008, elaborou a referida reforma.

O advento da Lei 11.690/08 seguiu a linha que já vinha sendo adotada pelos Tribunais e pela doutrina. Hodiernamente, o dispositivo está assim sumariado:

“Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

Parágrafo único. A adoção de qualquer das medidas previstas no caput deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram.”

Traçando um paralelo entre as duas redações, nota-se que a posterior atribui um caráter subjetivo à norma. Ao fazer uso da interpretação literal do dispositivo, seria necessário que o julgador pudesse adentrar no ânimo da vítima para só então proceder a fundamentação que tem por fim a remoção do réu da sala de audiências ou do plenário do Júri.

O escopo da evolução interpretativa que culminou com o reforma do referido *Codex* tinha como panorama o princípio da verdade real. Guilherme de Souza Nucci, em suas observações acerca do artigo em comento asseverou:

“Buscando o processo penal a verdade real e firmando a lei que a testemunha deve ser o mais imparcial possível no seu relato, é natural e lógico que o distúrbio eventualmente causado pela presença do réu [...] pode constranger o depoente a ponto de prejudicar sua narrativa”⁸⁰.

Em verdade, a busca da “verdade real” é o fundamento precípua da restrição que o Código de Processo Penal faz ao réu, relativizando, assim sua garantia

⁷⁹Brasil, Superior Tribunal de Justiça, HC 41.233/SP, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, Julgado em 30.06.2005.

⁸⁰NUCCI, Guilherme de Souza, *Código de processo penal comentado*. 10ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 513.

constitucional. Todavia, “*verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis, no processo ou fora dele*”⁸¹. E, por mais que a “verdade real” seja princípio consagrado na processualística penal, o contraditório e a ampla defesa são cláusulas pétreas da Constituição da República. Cabe, então, ao aplicador da lei elaborar a coexistência harmônica entre os princípios colidentes: é o chamado princípio da concordância. Como bem assinala Canotilho:

“Este princípio não deve divorciar-se de outros princípios de interpretação já referidos (princípio da unidade, princípio do efeito integrador). Reduzido ao seu núcleo essencial, o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.

O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a idéia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens”⁸².

Compete ao magistrado ao sopesar os dois princípios, que se encontram em rotas opostas, proceder a sua coordenação de modo que estes não se choquem, pois:

“[...] o princípio da harmonização ou da concordância prática consiste, essencialmente, numa recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, em se deparando com situações de concorrências entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum”⁸³.

Finalmente, o paradigma reside na argumentação da qual imprescindente a retirada do acusado do recinto, uma vez que os critérios para tal feito são de cunho pessoal.

Diz-se do não cerceamento de defesa na problemática em comento a presença do defensor no recinto onde se dá o interrogatório. Em que pese a referida alegação, via de regra, o

⁸¹GRINOVER, Ada Pellegrini, *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. RF, 347/6.

⁸²CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3ª Edição. Coimbra: Almedina. 1998. p. 1.150.

⁸³MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª Edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 114.

defensor desconhece a vítima ou as testemunhas. Este desconhecimento somado com a ausência do réu poderia culminar em um despercebimento fático crucial à defesa do acusado. Não obstante o fato retro mencionado, a simples presença do réu quando da ouvida das testemunhas e do ofendido proporcionaria ao defensor uma melhor formulação de quesitos, já que seu assistido poderia lhe auxiliar a complementar os dados trazidos à baila pela testemunha, elucidando pontos controversos. É nesse sentido que se cerceia a defesa do acusado, enfraquecendo as garantias que lhe são asseguradas, e desigualando a paridade de armas necessária à formação e continuidade do processo.

O referido Código Processual, contudo, traz uma alternativa para ofensa suscitada: a inquirição através da videoconferência. Todavia:

“Na maioria das Comarcas e fóruns, inexistente equipamento de videoconferência disponível. E seria, de fato, um custoso modo de sustentar apenas o momento em que alguém vá depor, sentindo-se constrangido. Mais simples e fácil é retirar o réu da sala de audiências, permanecendo seu defensor.

Além disso, se a testemunha estiver com medo, continuará receosa em depor, sabendo que está sendo assistida pelo acusado em outra dependência do fórum, por videoconferência”⁸⁴.

É bem verdade que o entendimento dos Tribunais Superiores é no sentido de que a retirada do acusado da sala de audiências, ou do próprio plenário do júri, é facultado ao juiz. Isso porque a própria redação do dispositivo em questão atribui essa prerrogativa ao magistrado. O parágrafo único constante da redação do artigo assevera que a decisão de retirada deve, necessariamente, ser fundamentada. Todavia, a controvérsia e as ofensas aos princípios mencionados residem aí.

Os critérios utilizados pelo legislador são extremamente subjetivos. *In casu*, terminologias como “temor” e “constrangimento” são inerentes à pessoa submetida à instrução judicial. Não há mecanismo capaz de atestar a veracidade dos anseios da testemunha ou do ofendido. Assim, a simples menção de receio é capaz de retirar o indivíduo da fase processual em que figura como pólo passivo.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa encontram cerceamento nessa fase procedimental. Para poder defender-se sem qualquer óbice, faz-se imperioso

⁸⁴NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5ª. Edição revista, atualizada e ampliada. 2ª triagem. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008. p. 481

que o réu tenha acesso a todos os atos processuais a que fora submetido em tempo hábil. Inocorre, contudo, tal prerrogativa se o suposto ofensor não puder ouvir todas as alegações aduzidas em seu desfavor.

No julgamento do *habeas corpus* 100.641 do Estado do Rio de Janeiro, o eminente Ministro Jorge Mussi:

“[...] ao juiz a retirada do acusado da sala de audiências se verificar que a presença dele poderá influir no ânimo da testemunha de modo que prejudique a verdade do depoimento, prosseguindo a inquirição com a presença de seu defensor, consignando em ata os motivos que determinaram o ato. Isso porque o processo penal busca apurar a responsabilidade criminal dos fatos narrados na exordial acusatória da forma mais fidedigna possível, aproximando-os da almejada verdade real, de tal sorte que o relato das testemunhas deve ser dotado da maior imparcialidade possível⁸⁵”.

Nota-se que o entendimento da Egrégia Corte de Justiça atribui ao magistrado o poder de verificar a influência no causada à vítima pela presença do acusado. Contudo arregar ao julgador a perícia para atestar o ânimo de qualquer pessoa que não seja ele mesmo, macularia o ato de fragilidade. A antiga redação do artigo dava caráter comissivo à conduta, enquanto a nova redação lhe atribui caráter omissivo.

Ainda, ao que se percebe, tem se estabelecido em nossos Tribunais que a mera alusão do dispositivo que atribui ao juiz a faculdade de retirada do réu tem servido como meio de fundamentação. A norma escrita, especialmente no que tange o direito instrumental, tem como escopo dar diretrizes à tramitação processual. Ocorre que, em matéria de direito e, especialmente em direito penal, tem-se que as peculiaridades do caso concreto devem ser cautelosamente analisadas. Ao deparar-se com um fato, enquadrá-lo-á em um dispositivo material que se adeque com perfeição ao ocorrido. Após, observado o rito, se obedece a regular tramitação do feito. Destarte, o que se extrai é que as normas processuais nada mais são que a bússola do sistema penal. A menção de dispositivos que alterem de alguma forma o guia procedimental pode ferir as garantias pétreas do acusado.

É o que ocorre quando se menciona o artigo 217 do Código Processual Penal Brasileiro. Por se caracterizar excepcional – frise-se que via de regra o réu deve permanecer na sala de audiência durante toda a instrução – o artigo deve ser

⁸⁵Brasil. Superior Tribunal de Justiça. HC 100.641/RJ. Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, publicado no DJe em 16.11.2010.

exaustivamente fundamentado a teor do disposto no artigo 93, inciso IX, da Lei Maior, *verbis*:

“IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”

Embora explícito o preceito constitucional, as Cortes firmaram seu entendimento em sentido claramente diverso, utilizando como fundamentação para a retirada do réu a simples insinuação ao disposto no artigo 217 do Código Processual.

Nos autos do julgamento do *habeas corpus* 83.549/RS, publicado no DJe de 19.05.2008, a eminente Ministra Maria Thereza de Assis Moura, componente da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, apesar de denegar a ordem, ressaltou seu posicionamento, no sentido de admitir que a ausência de fundada motivação da retirada do réu da sala de audiência será capaz de gerar danos indimensionáveis ao, no caso em comento, paciente. Da fundamentação utilizada pela Ilustre Ministra, se extrai:

“Desse modo, no meu sentir, interpretou-se o conteúdo do art. 217 do Código de Processo de forma simplista, sem maiores indagações aos depoentes acerca dos motivos para a retirada do paciente da sala de audiência. Uma vez constatado o desejo da vítima e seus filhos, o Juiz, instado a se manifestar, diante do protesto da Defesa, de maneira lacônica, afirmou que de tal forma agia, pois amparado no art. 217 do Código de Processo Penal, sem, contudo, perquirir acerca do comportamento do acusado e dos motivos que determinaram a sua remoção”.

Em doutrina, o Professor Mohamad Ale Hasan Mahmoud colacionou:

No ano de 2002, depois de ter sido demitida de seu emprego, ACLS compareceu à Delegacia de Polícia e comunicou que teria sido vítima de crime de atentado violento ao pudor praticado por seu ex-patrão. Foi então instaurado inquérito policial, no qual foram ouvidas testemunhas indicadas pela suposta vítima. De acordo com os elementos amealhados no curso do procedimento inquisitório, o Ministério Público ofereceu denúncia, pelo gravíssimo e hediondo crime descrito no art. 214 do Código Penal. Citado e interrogado o réu, foi designada audiência de testemunhas de acusação - palco do desmascaramento (Processo no 526/03, da 1ª Vara Criminal da

Comarca da Capital de São Paulo).

A audiência de testemunhas de acusação principiou por um equívoco. O art. 217 do Código de Processo Penal disciplina: 'Se o juiz verificar que a presença do réu, pela sua atitude, poderá influir no ânimo da testemunha, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará retirá-lo, prosseguindo na inquirição, com a presença de seu defensor. Neste caso deverão constar do termo a ocorrência e os motivos que a determinaram.' Em vez de apurar, à luz da atitude do réu, se haveria como influir no ânimo das testemunhas, simplesmente se perguntou se elas se sentiriam incomodadas em prestar o depoimento com a presença do réu. Submeteu-se, então, o sexagenário senhor de origem japonesa ao dissabor de ter que ficar aguardando a audiência do lado de fora da sala - claramente golpeando-se a ampla defesa, na sua vertente do direito de estar presente, colaborando com o defensor técnico.

Pelo menos, foi ele poupado de enervar-se com as versões mentirosas lançadas pela suposta vítima, completamente divorciadas do que se continha nos autos do inquérito policial. Daí, adveio um sopro de democracia naquela unidade judiciária. Promotora de Justiça e Juíza se entreolharam, a reconhecer o engodo processual, ao que foi dito que a Promotora desistiria de suas testemunhas e se o Defensor faria o mesmo, vez que haveria o pedido de absolvição. Dito e feito, foi pelo Ministério Público requerido no termo a absolvição, com o que concordou a Defesa, e no mesmo instrumento foi vertido o decreto absolutório".⁸⁶

Note-se que ambos o julgamento do referido *writ* e a transcrição do brilhante doutor deram-se antes da alteração da redação do enunciado do artigo 217. Como viu-se de ver ainda que o teor do dispositivo demandasse expressamente uma atitude positiva do réu para que fosse justificada sua ausência, ainda sim os magistrados, em prática reiterada, retiravam o demandado de sua própria instrução probatória a fim de salvaguardar uma testemunha.

Demais disso, posiciona-se a Corte Superior de Justiça, em ambas suas Turmas criminais, no sentido de inexistir dano ao réu quando este não assiste aos depoimentos prestados contra ele.

⁸⁶MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. *O feminismo como contributo para o terror penal*. In: *Mulher e direito penal*. Coord. Miguel Reale Júnior e Janaína Conceição Paschoal. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 301-302.

No Excelso Pretório, o posicionamento vem sendo defendido, ainda que em corrente minoritária. A exemplo, tem-se que o julgamento do *habeas corpus* 86.634/RJ, de Relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em 12.09.2007. O Relator frisou que “*assiste, ao réu preso, sob pena de nulidade absoluta, o direito de comparecer, mediante requisição do Poder Judiciário, à audiência de instrução processual em que serão inquiridas testemunhas arroladas pelo Ministério Público.*”

Ante todo o exposto, em flagrante atentado às bases fundamentais de nossa Constituição, tem-se, nas palavras de Luiz Flávio Gomes:

“A nossa Corte Suprema, em suma, no que diz respeito ao seu entendimento majoritário no sentido de que é dispensável a presença do réu na audiência de produção de prova, sobretudo quando se trata de testemunha arrolada pela acusação, está negando vigência aos arts. 1º e 8º, § 2º, ‘d’ e ‘f’, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Mais uma violação patente aos direitos e garantias dos acusados, que pode ensejar novamente a condenação do Brasil”⁸⁷.

É nesse fundamento que deve-se respeitar o objetivismo com que o direito penal necessita ser tratado. A simples inobservância de um requisito pode gerar danos inimagináveis àquele submetido a sistemática processual penal.

⁸⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Direito de presença nas audiências: STF viola CADH*. Disponível em http://www.clubjus.com.br/?colunas&colunista=448_&ver=557, acesso em 09.05.2012, às 18:10.

CONCLUSÃO

Tem-se que a Constituição é composta por cânones e normas de regulação geral para as muitas esferas de um ordenamento jurídico. Nas palavras de Frederico Marques:

“a *Lei Maior* contém em si os fundamentos institucionais e políticos de toda a legislação ordinária, mormente quando se coloca, com normatividade rígida, no ponto culminante da hierarquia das fontes do Direito, tal como sucede, entre nós, desde a promulgação da primeira de nossas Constituições republicanas”⁸⁸.

Assim, a Constituição não apenas baliza os preceitos de funcionamento das fontes formais das inúmeras maneiras de regulamentação jurídica, como também *“predicados de fonte material em que o legislador vai abeberar-se para construir regras e mandamentos destinados a disciplinar legalmente relações de vida e fatos sociais submetidos ao incoercível imperativo da ordem estatal”*⁸⁹.

No Brasil, tem-se que a Constituição não se caracteriza apenas por um número determinado de preceitos, mas sim traduz-se nos anseios dos valores culturais, um conjunto orgânico e sistemático que foi positivado através de um pensamento dirigido que visou a positivação da vontade social.⁹⁰

Assim, ante a expressão dos anseios sociais insculpidos numa Lei Maior tem-se que seus preceitos são de aplicação imprescindível nas regras decorrentes de sua supremacia. Os princípios contidos na Carta Magna constituem um norte balizador de aplicação das regras ordinárias, sendo imperioso que sua aplicação esteja subordinada ao seu conteúdo material.

Nesse sentido, a teor do que dispõe o artigo 5º e seus incisos tem-se que as normas contidas no referido artigo devem ser aplicadas a toda e qualquer relação processual. Não é diferente a aplicação do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que contém os princípios do contraditório e da ampla defesa. Esses princípios tem caráter complementar, razão pela qual o legislador optou por sancioná-los num mesmo dispositivo.

⁸⁸MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. 2ª Ed. Campinas. Editora Millenium, 2001, p. 39.

⁸⁹MARQUES (2001, p. 39).

⁹⁰MARQUES (2001, p. 39).

O contraditório consiste, basicamente, na “*ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los*”⁹¹. Já a ampla defesa, como bem acentua Grinover “*a defesa é mais que um direito, constitui uma ‘garantia – garantia do acusado, de um lado e garantia do justo processo do outro*”⁹².

Observa-se, outrossim, através de uma análise dialética do artigo 217 do Código Processual Penal, que ele faculta ao juiz a retirada do réu da sala de audiências com o fito de resguardar a vítima e as testemunhas de uma suposta retaliação a respeito do teor de suas declarações.

Já de saída, cabe frisar mais uma vez que não se pretende obrigar a vítima a ficar cara a cara com seu ofensor. Até porque suas declarações tem caráter meramente informativo, vez que não possuem compromisso com a verdade. Já no que concerne as testemunhas, há uma alteração brusca de cenário. Isso porque a testemunha conta o que viu, sem ser permitido que emita juízo de valor acerca do ocorrido. Cabe-lhe somente a narrativa dos fatos.

É bem verdade que a testemunha pode se sentir constrangida ao prestar declaração com um conteúdo incriminador e que o acusado pode lhe causar certo temor. Contudo, não reside aí razão suficiente para mitigar os princípios constitucionais garantidos ao réu, que, como já retro dito, são os anseios sociais traduzidos num Estatuto máximo. A responsabilidade pela integridade física e psicológica da testemunha em nada compete ao acusado e sim ao Estado, *dominus litis* da ação.

Demais disso, tem-se que o magistrado além de visar a tutela da testemunha, retira o acusado da sala de audiências para que essa não minta em razão do receio de estar perante o réu. É o princípio processual penal da verdade real que, nesse caso, colide com àqueles dispostos nos artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

É em função dos dois fatores citados que o magistrado retira o acusado da sala de audiências. Contudo, há melhor saída para solucionar a controvérsia que não a aplacação dos princípios constitucionais, que, como se sabe, é de aplicação mandamental.

Foi com o fito de resguardar as testemunhas que foi promulgada a Lei nº 9.807/99 cujo fim precípuo é justamente a tutela das testemunhas e vítimas que se sintam coagidas durante o curso do processo. Vê-se aí, então, a preocupação do Estado em

⁹¹FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 37.

⁹²GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do processo. Novas tendências do direito processual*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 8

resguardar aqueles que se predispõe espontaneamente ou coercitivamente a prestar compromisso com o juízo e contribuir com a persecução criminal.

Demais disso, sabe-se que o princípio processual penal da busca da verdade real somente tem espaço se submetido aos princípios constitucionais, senão a busca se torna arbitrária e tal despótica não encontra laços de parentesco com o sistema cognitivo vigente em nosso país.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, José Joaquim Canuto de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- ALTAVILA, Jayme. *A testemunha na história e no direito*. São Paulo: Melhoramentos, 1967.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.
- _____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3ª Edição. Coimbra: Almedina, 1998.
- FERNANDES Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- GOMES, Luiz Flávio. *Direito de presença nas audiências: STF viola CADH*. Disponível em <http://www.clubjus.com.br/?colunas&columista=448 &ver=557>, acesso em 09.05.2012, às 18:10.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro, 2.º Volume*. 11.ª Edição atualizada. São Paulo. Saraiva, 1996. p. 90.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. RF, 347/6.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6ª edição. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo. 1998.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller. 1997. Volume I.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. Volume II.

_____. *Estudos de direito processual penal*. 2ª ed.

Campinas: Millenium, 2001.

_____. *Elementos de direito processual penal*. 2ª ed. Campinas: Millenium, 2000. Volume IV

MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. *O feminismo como contributo para o terror penal*. In: *Mulher e direito penal*. Coord. Miguel Reale Júnior e Janaína Conceição Paschoal. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

NETO ALVIM, José Manuel de Arruda. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Ed. RT, 1975. Volume I.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 10ª Edição. São Paulo: Editora RT, 2001.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. Volume III.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 4.ª edição. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2001.

SILVA, Marco Antonio Marques da. *Juizados especiais criminais*. São Paulo: Saraiva, 1997.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Manual de Processo Penal*. 13ª ed. São Paulo. Saraiva, 2010.